

# Der EWR und die institutionellen Probleme des „Bilateralismus“

Astrid Epiney<sup>1</sup>

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

*Astrid Epiney, Der EWR und die institutionellen Probleme des Bilateralismus, in: Dieter Freiburghaus/Georg Kreis (Hrsg.), Der EWR – verpasste oder noch bestehende Chance?, Zürich 2012, 139-152. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.*

## I. Fragestellung

Die Frage nach der institutionellen Ausgestaltung der Bilateralen Abkommen – jedenfalls soweit ihr Inhalt an EU-Recht anknüpft – ist vor dem Hintergrund von (mindestens) zwei Parametern zu sehen:

Einerseits streben die meisten und jedenfalls die bedeutendsten der Abkommen (Stichworte sind hier das Freizügigkeitsabkommen oder die Schengen/Dublin-Abkommen) einen mehr oder weniger weitgehenden Einbezug der Schweiz in den unionsrechtlichen Besitzstand an, was sich in einer Anlehnung des Abkommensinhalts an das EU-Recht manifestiert, wobei verschiedene „Techniken“ verwandt werden. Auch bei den derzeit für zukünftige Abkommen im Vordergrund stehenden Dossiers (z.B. Elektrizität oder Chemikalienrecht) ist zu erwarten, dass ein solcher Ansatz verfolgt wird. Dieser entspricht nicht nur dem erklärten Willen der EU, sondern liegt in vielen Fällen auch im Interesse der Schweiz, kann doch auf diese Weise eine „(Teil-) Integration“ der Schweiz in den EU-Binnenmarkt erreicht werden.

Andererseits aber sind die Abkommen als „klassische“ völkerrechtliche Abkommen ausgestaltet, deren Anwendung und Kontrolle demnach gerade nicht den in der EU und für die EU-Mitgliedstaaten zur Anwendung kommenden Mechanismen gehorcht, sondern grundsätzlich wie bei allen anderen völkerrechtlichen Verträgen erfolgt, wenn auch hier in manchen Abkommen gewisse Relativierungen zu verzeichnen sind.

Diese Konstruktion weist aus EU-Sicht – wie bereits verschiedentlich von EU-Vertretern und auch von Rat und Parlament vermerkt wurde – den Nachteil auf, dass die Schweiz in den von

<sup>1</sup>

Im Beitrag werden der besseren Lesbarkeit halber keine weiteren Fussnoten verwendet. Der Beitrag stützt sich – soweit die sachlichen und rechtlichen Hintergründe betroffen sind – in erster Linie auf folgende Quellen (in denen auch weitere Nachweise aus Rechtsprechung und Literatur zu finden sind): *Astrid Epiney, Zur rechtlichen Tragweite eines Einbezugs der Schweiz in den unionsrechtlichen Besitzstand im Bereich des Dienstleistungsverkehrs, Zürich 2011; Astrid Epiney/Beate Metz/Benedikt Pirker, Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz. Ein Beitrag zur rechtlichen Tragweite der „Bilateralen Abkommen“, Zürich 2012; Astrid Epiney, Zur institutionellen Struktur der Bilateralen Abkommen – Bestandsaufnahme, Perspektiven und Bewertung, in: FS Marc Amstutz, Zürich u.a. 2011, 35-52. S. ansonsten auch Daniel Thürer, Gutachten über mögliche Formen der Umsetzung und Anwendung der Bilateralen Abkommen, verfügbar unter <http://bit.ly/M6xB60>.*

den Abkommen erfassten Bereichen an den „Vorteilen des EU-Rechts“ teilhat (was insbesondere für die binnenmarktbezogenen Abkommen von Bedeutung ist), ohne jedoch den insgesamt eher strengen Mechanismen in Bezug auf die Rechtsanwendung und ihre Kontrolle (insbesondere durch die Kommission und den Gerichtshof) unterworfen zu sein. Manche – insbesondere auch manche Mitgliedstaaten – sehen hier auch eine Ungleichbehandlung mit den EU-Mitgliedstaaten. Aus Schweizer Sicht ist die Situation insofern anders gelagert, als die Bilateralen Abkommen als „normale“ völkerrechtliche Verträge angesehen werden, die von (formell) gleichberechtigten Partnern abgeschlossen werden mit der Folge, dass für ihre Anwendung die Vertragsparteien und ihre Organe (Behörden und Gerichte) zuständig sind. Jedenfalls implizieren diese völkerrechtlichen Mechanismen, dass in den Vertragsparteien eine unterschiedliche Anwendung und Auslegung der Abkommen bzw. gewisser ihrer Bestimmungen erfolgen kann.

Vor diesem Hintergrund sind die sog. institutionellen Probleme der Bilateralen Abkommen, über die derzeit zwischen der Schweiz und der EU diskutiert wird, zu sehen. Für die EU stehen hier vier grosse Themenbereiche im Vordergrund:

- eine effektive, möglichst „automatische“ Übernahme des weiterentwickelten EU-Rechts;
- die Einrichtung einer unabhängigen (möglichst „supranationalen“) Behörde, die die Anwendung der Abkommen in der und durch die Schweiz überwacht;
- die Gewährleistung einer einheitlichen Auslegung des dem EU-Recht „nachgebildeten“ Rechts der Bilateralen Abkommen (möglichst durch eine geeignete, möglicherweise supranationale Instanz);
- ein Streitbeilegungsmechanismus.

Im Zusammenhang mit diesen Anliegen der Union wird immer wieder die Frage gestellt, ob ein „Andocken“ der Schweiz an die EWR-Institutionen bzw. die im Zusammenhang mit dem EWR geschaffenen gemeinsamen Institutionen der EFTA-Staaten eine Lösung für die erwähnten institutionellen Fragen darstellen könnte. Im Folgenden soll dieser Frage – nach einer Skizzierung der institutionellen Mechanismen des EWR (II.) – nachgegangen werden (III.), um in der Schlussfolgerung (IV.) mögliche Alternativen zu skizzieren.

## **II. Zur institutionellen Ausgestaltung des EWR-Abkommens (EWRA)**

Als Ziel des EWR bzw. des EWR-Abkommens nennt Art. 1 Abs. 1 EWRA die Schaffung eines „homogenen“ Wirtschaftsraums, in dem gleiche Wettbewerbsbedingungen und inhaltlich übereinstimmende Rechtsnormen gelten. Aus rechtlicher Sicht soll dieses Ziel im Anwendungsbereich des Abkommens durch eine grundsätzliche Parallelität der geltenden Rechtsnormen in den erfassten Bereichen sichergestellt werden. Letzterer Aspekt kommt auch und gerade darin zum Ausdruck, dass das EWR-Abkommen die einschlägigen Bestimmungen

des Unionsrechts zum grossen Teil wörtlich übernimmt und im Übrigen auch die entsprechenden sekundärrechtlichen Bestimmungen in das Abkommen (über die Anhänge) integriert werden. Deutlich wird damit, dass es beim EWR letztlich um eine Einbindung der teilnehmenden EFTA-Staaten in die erfassten Teile des unionsrechtlichen Besitzstands geht: Die Homogenität wird durch eine Übernahme des relevanten EU-Rechts durch die beteiligten EFTA-Staaten erreicht.

Ein so konzipierter homogener Wirtschaftsraum bedingt jedoch eine einheitliche Auslegung der geltenden Rechtsnormen sowie die Sicherstellung der Homogenität auch für nach Unterzeichnung des Abkommens eintretende Rechtsentwicklungen. Dieses Bestreben kommt in verschiedenen vertraglichen Bestimmungen bzw. Mechanismen zum Ausdruck, und es wurden Instrumente geschaffen, um eine einheitliche Geltung und Auslegung des Unionsrechts und des EWR-Rechts sicherzustellen:

- Zunächst ist der Homogenität ein ganzer Abschnitt im EWR-Abkommen gewidmet (Art. 105 –107 EWRA), wobei der Gemeinsame EWR-Ausschuss insbesondere die parallele Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH und des EFTA-GH „überwachen“ soll; weiter ist ein System für den Austausch von Informationen über Gerichtsurteile des EFTA-GH, des EuGH sowie der Gerichte letzter Instanz in den EFTA-Staaten vorgesehen.

In diesem Zusammenhang sind auch die Organe des EWR bzw. die durch das Abkommen für die EFTA-Staaten vorgesehenen gemeinsamen Organe zu sehen. Von besonderer Bedeutung in unserem Zusammenhang sind hier die EFTA-Überwachungsbehörde und der EFTA-Gerichtshof. Diese wurden – wie in Artikel 108 EWRA vorgesehen – in einem eigenen Abkommen geschaffen. Vergleichbar mit der Rolle der Kommission beobachtet die Überwachungsbehörde die Umsetzung und Anwendung des EWR-Rechts durch die EFTA-Staaten und hat die Befugnis, Vertragsverletzungsverfahren gegen letztere einzuleiten, wenn sie z.B. im EWR beschlossene Rechtsakte nicht umsetzen. Sie arbeitet mit der Kommission zusammen, um insgesamt eine einheitliche Überwachung im EWR sicherzustellen, und verfügt über vergleichbare Entscheidungs- und Rechtsetzungsbefugnisse. Der EFTA-Gerichtshof legt das EWR-Recht mit verbindlicher Wirkung für die EFTA-Staaten aus; die Verfahren sind denjenigen vor dem EuGH nachgebildet.

- Sodann dient auch Art. 6 EWRA der homogenen Auslegung des Unionsrechts einerseits und des EWR-Rechts andererseits. Danach trifft den EFTA-Gerichtshof eine Befolgungspflicht bezüglich der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH, die dieser vor dem 2. Mai 1992 (Unterzeichnung des EWR-Abkommens) erlassen hat. Diese Pflicht macht aber nur dann Sinn, wenn man davon ausgeht, dass grundsätzlich eine parallele Auslegung von Unionsrecht einerseits und inhaltlich übereinstimmendem EWR-Recht andererseits angestrebt wird. Im Übrigen hat die inzwischen gemachte

Erfahrung mit der Rechtsprechung des EFTA-Gerichtshofs gezeigt, dass dieser sich sehr eng an die Judikatur des EuGH anlehnt. Aber auch darüber hinaus spricht Vieles – insbesondere die angestrebte Homogenität im EWR, was eine möglichst identische Auslegung und Anwendung impliziert – für eine grundsätzliche Relevanz auch der neueren Rechtsprechung des EuGH, die demnach von den Gerichten der EFTA-Staaten und dem EFTA-Gerichtshof zu beachten ist. In diese Richtung geht auch Art. 3 Abs. 2 ÜGA, wonach bei der Auslegung und Anwendung des EWR-Abkommens durch den EFTA-Gerichtshof die Rechtsprechung des EuGH (auch nach der Unterzeichnung) „gebührend zu berücksichtigen“ ist.

- Schliesslich ist auch auf das im EWR-Abkommen vorgesehene Verfahren zur Übernahme von neu erlassenem Unionsrecht hinzuweisen: Dieses macht nur Sinn, wenn davon ausgegangen wird, dass es eben um die Erhaltung eines einheitlichen europäischen Wirtschaftsraumes, in dem die relevanten Rechtsnormen auch einheitlich ausgelegt werden, geht. Der Grundgedanke des Übernahmeverfahrens besteht darin, dass die auf EU-Ebene vorgenommenen Modifikationen bestehender Rechtsakte oder neu erlassene Rechtsakte – die den EWR-*Acquis* betreffen – in das EWR-Recht übernommen werden („*mirror legislation*“). Im Gegenzug werden den EWR/EFTA-Staaten weitgehende Mitwirkungsrechte bei der unionsinternen Ausarbeitung der relevanten Rechtsakte eingeräumt („*decision-shaping*“). Insgesamt geht das EWR-Abkommen von einer dynamischen Übernahme des einschlägigen weiterentwickelten unionsrechtlichen Besitzstands aus.

Die Bedeutung der Homogenität wird auch durch das Streitbeilegungsverfahren unterstrichen: Nach Art. 111 Abs. 1, 2 EWRA kommt hier zunächst dem Gemeinsamen EWR-Ausschuss eine zentrale Rolle zu. Kommt dieser zu keiner Einigung, ist zu unterscheiden:

- Geht es um Streitigkeiten betreffend die Auslegung von Bestimmungen des EWR-Abkommens, die im Wesentlichen mit entsprechenden Bestimmungen des Unionsrechts identisch sind, so können die am Streit beteiligten Vertragsparteien vereinbaren, den EuGH um eine Entscheidung der einschlägigen Bestimmungen zu ersuchen (Art. 111 Abs. 3 EWRA). Zwar wird im Abkommen nicht präzisiert, dass ein solches Urteil des EuGH verbindlich ist; jedoch ist hiervon auf der Grundlage der Rechtsprechung des Gerichtshofs auszugehen: Denn dieser präzisierte im Zusammenhang mit dem zunächst vorgesehenen EWR-Gerichtshof, dass das Fehlen des bindenden Charakters von Urteilen des EuGH für die Gerichte der EFTA-Staaten zu Unsicherheiten über die rechtliche Bedeutung dieser Urteile führte und die bindende Wirkung von Urteilen des EuGH im Unionskontext in Frage stellen könnte.
- Betrifft der Streit hingegen Umfang oder Dauer von Schutzmassnahmen oder die Angemessenheit von Ausgleichsmassnahmen, so kann jede Vertragspartei den Streitfall

gemäss dem Verfahren des Protokolls 33 einem Schiedsgericht unterbreiten, dessen Entscheidung für die Streitparteien verbindlich ist (Art. 111 Abs. 4 EWRA).

Insgesamt handelt es sich also beim EWR-Abkommen um die Einbeziehung der beteiligten EFTA-Staaten in den EU-Binnenmarkt, der durch die Geltung eines einheitlichen „homogenen“ Rechtsregimes in den betroffenen Bereichen verwirklicht werden soll.

### **III. „Beitritt“ der Schweiz zu den institutionellen Mechanismen des EWR?**

Im Hinblick auf eine einheitliche Auslegung des an das EU-Recht angelehnten Rechts der Bilateralen Abkommen, der Überwachung der Anwendung der Abkommen in der und durch die Schweiz sowie die Streitbeilegung wird – wie eingangs erwähnt – gelegentlich in Erwägung gezogen, die durch das EWR-Abkommen vorgesehenen Institutionen mit entsprechenden Aufgaben zu betrauen. In diesem Rahmen ginge es im Wesentlichen darum, die Kompetenzen der EFTA-Überwachungsbehörde einerseits und des EFTA-Gerichtshofs andererseits dergestalt auszuweiten, dass diese Organe auch für die Schweiz bzw. die Bilateralen Abkommen betreffende Fragen zuständig wären, wobei diesfalls für die betreffenden Bereiche wohl eine schweizerische Beteiligung sicherzustellen wäre. Allerdings wären die Einzelheiten einer solchen Einbindung – die wohl in einem Staatsvertrag geregelt werden müssten – noch zu klären (z.B. ungerade Anzahl von Richtern, genaue Ausgestaltung der (Auslegungs- und Kontroll-) Kompetenzen der EFTA-Organen in Bezug auf die Bilateralen Abkommen, Regelung verfahrensrechtlicher Aspekte).

Ein solcher „Beitritt“ der Schweiz zu den erwähnten EFTA-Organen wäre aus juristischer Sicht möglich. Jedoch sprechen grundsätzliche Bedenken gegen einen solchen Ansatz: Er implizierte letztlich, dass (quasi) supranationale Behörden, die gemeinsam für eine Gruppe von Staaten (die EFTA-Staaten) im Rahmen eines diese Staaten bindenden multilateralen Vertrags eingerichtet wurden, zuständig würden, um ein Vertragswerk, das von Dritten (nämlich der EU einerseits und der Schweiz andererseits) unter sich abgeschlossen wurde, mit Wirkung für eine dieser beiden Vertragsparteien, nämlich die Schweiz, auszulegen bzw. dessen richtige Anwendung in der Schweiz zu kontrollieren. Pointiert formuliert wäre die Schweiz also als eine Art Satellit in Bezug auf die Kompetenzen der EFTA-Institutionen, die sich einseitig „unterwerfen“ müsste, ohne dass dieser „Unterwerfung“ – wie dies an sich dem supranationalen Modell entspricht – auch eine eigene Beteiligung und spiegelbildliche Bindung der anderen Partner entspräche. Damit geht es gerade nicht um einen Vertrag, der von mehreren Parteien abgeschlossen wird, die sich gemeinsam supranationalen Instanzen in Bezug auf diesen Vertrag mit gemeinsamen Rechten und Pflichten unterwerfen, sondern letztlich um die Betrauung von im Verhältnis zur Schweiz externen Institutionen mit insofern einseitig ausgestalteten Befugnissen. Der tiefere Grund aber, warum z.B. auch Richter aus Norwegen, Island und Liechtenstein über die Auslegung der Bilateralen Abkommen nur in

der Schweiz entscheiden können sollen, erschliesst sich nicht auf den ersten Blick, ganz abgesehen davon, dass eine solche Konstruktion eine gewisse Asymmetrie mit sich brächte. Vor diesem Hintergrund drängt sich der Schluss auf, dass ein institutioneller, supranationaler Mechanismus, der für ein multilaterales Vertragswerk geschaffen wurde, nicht ohne grössere Modifikationen (etwa im Sinne einer Art de facto-(Teil-)EWR-Mitgliedschaft der Schweiz, was die Komplexität der Struktur der Bilateralen Abkommen wohl nicht wirklich reduzierte und im Übrigen auch nicht zur Debatte steht) nicht auf ein Bilaterales Verhältnis übertragen werden kann, ohne dass hier nicht gewisse institutionelle Inkohärenzen zu gewärtigen wären.

#### **IV. Zu möglichen Alternativen**

Wenn somit eine Betrauung der EFTA-Institutionen mit Befugnissen in Bezug auf die Anwendung und Auslegung der Bilateralen Abkommen mit der Schweiz nicht im Vordergrund stehen sollte, stellt sich die Frage nach möglichen Alternativen. Meines Erachtens sollten diese dem Umstand Rechnung tragen, dass es sich bei den Bilateralen Abkommen – trotz des unterschiedlichen „Gewichts“ der Partner – um ein bilaterales Verhältnis handelt, in dem die EU (und ggf. ihre Mitgliedstaaten) auf der einen und die Schweiz auf der anderen Seite stehen.

Auf der institutionellen Seite entspräche dieser Konstruktion damit a priori die Einrichtung gemeinsamer supranationaler Behörden mit entsprechenden verbindlichen Befugnissen für die Vertragspartner. Dieser Ansatz kommt jedoch von vornherein schon deshalb nicht in Frage, weil der EuGH eine derartige Lösung im Zusammenhang mit dem ursprünglich vorgesehenen EWR-Gerichtshof verworfen hat. Denn eine derartige Konstruktion könne die Unabhängigkeit der Rechtsfindung durch den EuGH gefährden (soweit es um die Auslegung von dem EU-Recht nachgebildetem Abkommensrecht gehe), ein Ansatz, der in der Rechtsprechung später auch in Bezug auf andere Bereiche bestätigt wurde.

Damit führt letztlich kein Weg an einer „Zwei-Säulen-Struktur“ vorbei: Anwendung und Auslegung der Bilateralen Abkommen ist durch die Vertragsparteien selbst sicherzustellen. Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang bemerkt, dass auch eine Einbindung in die EWR/EFTA-Struktur nichts an der grundsätzlichen Zwei-Säulen-Struktur änderte, nur, dass auch die andere Säule multilateral ausgestaltet ist bzw. wäre. Bei der genauen Ausgestaltung der Anwendung und Auslegung der Abkommen besteht jedoch insbesondere auf schweizerischer Seite durchaus Spielraum, so dass hier verschiedene Varianten vorstellbar sind. Insbesondere könnte einerseits im Wesentlichen an die geltende Rechtslage angeknüpft werden, so dass die nach der innerstaatlichen Rechtsordnung zuständigen schweizerischen Institutionen (wie bei anderen völkerrechtlichen Abkommen auch und wie schon bislang) im Rahmen ihrer Kompetenzen die Bilateralen Abkommen anwenden und auslegen. Diese Anknüpfung könnte mit gewissen Anpassungen des geltenden Systems kombiniert werden,

z.B. in Bezug auf die Einrichtung einer spezifischen Behörde in der Schweiz, die eine gewisse Unabhängigkeit genösse und mit der Kontrolle der Anwendung der Abkommen betraut wäre sowie einen gerichtlichen Zugang haben könnte; ein solches Modell schwebt offenbar dem Bundesrat vor. Andererseits ist es aber auch denkbar, neue Institutionen zu schaffen (z.B. eine eigene, ggf. auch international zusammengesetzte Gerichtsbarkeit und eine eigene Überwachungsbehörde), die die Anwendung und Auslegung der Abkommen in der Schweiz sozusagen „von aussen“ überwachen. Der Vorteil solcher neuen Institutionen erschliesst sich aber nicht wirklich, da auch das Bundesgericht unabhängig ist und in Bezug auf die Überwachung auch innerstaatlich – wenn das gewollt ist – eine unabhängige Behörde eingerichtet werden kann, etwa nach dem Vorbild des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten. Daher wird hier dafür plädiert, das „klassische“ Zwei-Säulen-Modell im Grundsatz beizubehalten (was, wie erwähnt, gewisse Anpassungen nicht ausschliesst).

Fraglich ist jedoch, ob eine derartige Zwei-Säulen-Struktur tatsächlich den Anliegen einer einheitlichen Auslegung, effektiven Kontrolle der Anwendung der Abkommen und einer effizienten Streitbeilegung Rechnung tragen kann. Führt man sich die bisherigen Erfahrungen mit den Bilateralen Abkommen vor Augen, ist dies grundsätzlich – ggf. mit gewissen Anpassungen des geltenden Systems – möglich: Denn das Bundesgericht legt bereits heute diejenigen Abkommensbestimmungen, die sich an das EU-Recht anlehnen, parallel wie die entsprechenden unionsrechtlichen Bestimmungen aus, dies auch unter Anknüpfung an neuere Rechtsprechung des EuGH. Damit dürfte im Ergebnis den Anliegen einer einheitlichen Auslegung und effektiven Kontrolle der Anwendung der Abkommen grundsätzlich Rechnung getragen werden können. Die Schwierigkeiten in diesem Zusammenhang liegen – wie das Freizügigkeitsabkommen, zu dem es am meisten Rechtsprechung gibt, illustriert – hier weniger in der grundsätzlichen Anlehnung der Auslegung der Abkommen an das EU-Recht, sondern darin zu eruieren, ob die relevanten Abkommensbestimmungen tatsächlich an EU-Recht anknüpfen oder nicht, sind die Abkommen hier doch sehr häufig wenig klar formuliert, was zweifellos eine gewisse Rechtsunsicherheit mit sich bringt. Diese Rechtsunsicherheit ist aber nicht in erster Linie darauf zurückzuführen, dass es keine obligatorische Gerichtsbarkeit für die Schweiz „über“ dem Bundesgericht gibt, sondern beruht massgeblich auf der diesbezüglich nicht immer klaren Ausgestaltung des Abkommens selbst, die den Rechtsanwender vor teilweise sehr schwierige Auslegungsfragen stellt.

Daher sollte eher auf der materiell-rechtlichen Ebene bzw. der inhaltlichen Ausgestaltung der Bilateralen Abkommen nach einer Lösung der „institutionellen Probleme“ gesucht werden: Wenn die Schwierigkeit bei der Auslegung der Bilateralen Abkommen in erster Linie darin liegt, dass unklar ist, ob und inwieweit eine „Anlehnung“ an das EU-Recht erfolgen sollte, sollte auch hier angesetzt werden und aus den Abkommen klar ersichtlich sein, ob und

inwieweit genau die Anknüpfung an EU-Recht gehen soll. Derartige Klarstellungen mögen mitunter mit Schwierigkeiten einhergehen, dürften jedoch wohl grundsätzlich machbar sein.

Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang auch darauf hingewiesen, dass der EuGH einerseits und das Bundesgericht andererseits in Bezug auf die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens (zu den anderen Abkommen gibt es kaum Rechtsprechung) durchaus unterschiedliche Akzente setzen: Während das Bundesgericht in einer mittlerweile gefestigten Rechtsprechung im Ergebnis vom Grundsatz ausgeht, dass sich das Abkommen an EU-Recht anlehnt, so dass im Zweifel von einer parallelen Auslegung des Abkommens mit unionsrechtlichen „Vorbildern“ auszugehen ist, was im Grundsatz auch die Berücksichtigung neuer Rechtsprechung des EuGH impliziert, ist der EuGH selbst in seiner bisherigen Rechtsprechung zum Freizügigkeitsabkommen deutlich zurückhaltender: Er betont zumindest teilweise die Unterschiede des Abkommens im Verhältnis zum EWR und dürfte daraus, zumindest in Bezug auf gewisse Fragen (wie etwa die Auslegung des allgemeinen Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit), nicht nur schliessen, dass das Freizügigkeitsabkommens eine weniger weitgehende Integration als der EWR anstrebe, sondern auch, dass in Bezug auf eine parallele Auslegung abkommensrechtlicher Bestimmungen mit EU-Recht Zurückhaltung geboten sei.

Insgesamt drängt sich vor diesem Hintergrund der Schluss auf, dass die Antwort auf die Frage, auf welche Weise eine parallele Auslegung von Bestimmungen Bilateralen Abkommen, die an EU-Recht angelehnt sind, mit den unionsrechtlichen „Vorbildern“ sichergestellt werden kann, weniger auf einer institutionellen Ebene i.e.S., denn auf der Ebene der Rechtsetzung zu suchen sein könnte. Konkret wäre daran zu denken, die Abkommen klarer auszugestalten, soweit Umfang und Reichweite der Anlehnung an das EU-Recht betroffen sind. Die Schengen-/Dublin-Assoziierungen dürften denn auch durchaus in diese Richtung weisen, da diese Vertragswerke die Einbindung der Schweiz in den relevanten unionsrechtlichen Besitzstand klar deklarieren. Nicht zu verkennen ist allerdings auch, dass damit einmal mehr die grundsätzliche Problematik der Bilateralen Abkommen deutlich wird, implizieren sie doch einen Einbezug in das EU-Recht ohne die entsprechenden Rechte, so dass mit jeder Ausweitung ihres materiellen Anwendungsbereichs zu prüfen ist, ob der „Bilaterale Weg“ (immer noch) der Ansatz ist, der den schweizerischen Interessen am besten Rechnung trägt.

Zuzugeben ist allerdings, dass mit dem hier vertretenen Ansatz die Frage nach der Beilegung von Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien nur sehr bedingt beantwortet werden kann, dies soweit es um die Auslegung von Abkommensbestimmungen geht, die an das EU-Recht angelehnt sind (für die anderen Bestimmungen, insbesondere die Auslegung von Schutzklauseln, könnte ein Schiedsgericht eingesetzt werden). Eine mögliche Lösung wäre hier – entsprechend der Rechtslage im EWR – die Eröffnung eines Rechtswegs an den EuGH, zumindest soweit die Parteien sich hierüber einigen können. Damit einhergehen könnte die



Möglichkeit schweizerischer Gerichte, dem EuGH Vorabentscheidungsersuchen zu unterbreiten, da es wenig sinnvoll sein könnte, dass der EuGH zwar grundsätzlich über eine bestimmte Auslegungsfrage entscheiden kann, es einem mit derselben Frage befassten schweizerischen Gericht aber nicht möglich ist, die entsprechende Auslegungsfrage an den EuGH zu richten. Eine derartige Möglichkeit könnte auch das jedenfalls aufgrund der Zwei-Säulen-Struktur fortbestehende „Risiko“ abweichender Entscheidungen schweizerischer Gerichte im Verhältnis zur Rechtsprechung des EuGH zumindest mildern.

Allerdings implizierte es einen beachtlichen „Eingriff“ in die Zwei-Säulen-Struktur, wobei immerhin daran zu erinnern ist, dass im Luftverkehrsabkommen bereits in diese Richtung gehende Mechanismen vorgesehen sind. So führte eine solche „Verrechtlichung“ der (neuen) Bilateralen Abkommen zu dem Einbezug einer Gerichtsinstanz, an der die Schweiz nicht beteiligt ist (und als Nichtmitglied auch nicht beteiligt sein kann), was eine noch weitere „Einbindung“ der Schweiz in die EU zur Folge hätte, mit den damit einhergehenden Fragen. Dieses nicht bestreitbare Defizit ist aber den Vorteilen einer solchen Lösung gegenüberzustellen, zumal auch ein einziger Schweizer Richter ein Gremium als solches nicht entscheidungserheblich beeinflussen könnte: Sie ermöglichte die Beantwortung rechtlicher Fragen durch ein rechtliches Verfahren und trüge damit zu einem effektiven Rechtsschutz, einer Erhöhung der Rechtssicherheit und zum Schutz der politisch in der Regel schwächeren Schweiz bei, indem die sich stellenden Anwendungs- und Auslegungsfragen einer für beide Partner verbindlichen gerichtlichen Streitbeilegung unterworfen würden.

Insgesamt wird damit aber auch deutlich, dass keine der denkbaren Antworten auf die „institutionellen Probleme“ der Bilateralen Abkommen wirklich in jeder Beziehung zu befriedigen vermag; zu überraschen vermag dies freilich nicht, ist doch das eingangs angesprochene Spannungsverhältnis zwischen einer materiellen Teilhabe an bedeutenden Teilen des unionsrechtlichen Besitzstands ohne eine institutionelle Mitgliedschaft kaum befriedigend aufzulösen.